

Criminalización por la violación a los derechos de autor en Colombia. Análisis crítico

Monografía para optar por el título de abogadas

Asesora: Susana Escobar Vélez

Estudiantes: Natalia Zuluaga Arbeláez y Laura Porras Salazar

Medellín

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

2021

Tabla de contenido

Resumen.....	5
Palabras claves	5
Abstract.....	6
Keywords	6
Introducción	7
Capítulo I: Aproximación a la propiedad intelectual.....	9
1.1 Aspectos generales de la regulación sobre propiedad intelectual	9
1.2 Aspectos generales de la regulación sobre los derechos de autor	11
1.2.1 ¿Qué son los derechos de autor?.....	11
1.2.2 ¿Qué son los derechos conexos?	12
1.2.3 ¿Quiénes son considerados autores?.....	13
1.2.4 ¿Cuáles son los derechos a los que puede acceder un autor?	13
1.2.5 ¿Cuáles son algunas características de la protección?.....	16
1.2.6 ¿Cuál es el tiempo de protección para las obras protegidas por derecho de autor?	18
1.2.7 ¿Cuáles son las limitaciones al derecho de autor?.....	19
1.2.8 ¿Cuál es la regulación más relevante sobre derechos de autor?	20
1.2.9 Infracciones a los derechos de autor	21
Capítulo II: Aspectos generales de los mecanismos de protección de los derechos de autor en Colombia.....	25
2.1 Acciones Civiles.....	25

2.1.1. Procedimientos cautelares:	25
2.1.2 Proceso ejecutivo:	26
2.1.3 Proceso declarativo	27
2.1.4 Conciliación	28
2.2. Acciones administrativas	28
2.3 Acciones Penales	30
Capítulo III: Protección a los derechos de autor en el derecho penal colombiano.....	31
3.1 Antecedentes de los artículos 270 a 272 CP	31
3.2 Aproximación a los tipos penales descritos en los artículos 270 a 272 del CP colombiano:	32
3.2.1 Bien jurídico	37
Capítulo IV: Análisis crítico de la criminalización de la violación a los derechos de autor en Colombia.....	42
4.1 Principio de legalidad	42
4.2 Principio de <i>ultima ratio</i>	46
4.3 Principio de lesividad	51
4.4 Principio de proporcionalidad de la pena	53
Conclusiones	58
Referencias.....	61
Leyes	61
Jurisprudencia.....	62

Corte Constitucional	62
Corte Suprema de Justicia	63
Bibliografía.....	63

Resumen

El presente escrito tiene como objetivo analizar, a la luz del derecho penal colombiano, si es realmente necesario criminalizar las conductas que infringen los derechos de autor o si, por el contrario, es posible judicializar las conductas por medio de los diferentes mecanismos legislativos vigentes de otras áreas del derecho. Para esto, en primer lugar, se abordarán los conceptos principales relativos a la materia. Después se establecerán los presupuestos para la criminalización de las conductas desde el punto de vista penal, se analizará si las conductas de violación a los derechos de autor se enmarcan en dichos presupuestos; y, asimismo, se revisará la posibilidad de que dichas infracciones se enmarquen en otras esferas del derecho. Por último, se determinará cuál legislación aplicable a la materia resulta más conveniente y efectiva para reparar el daño causado a los titulares de este derecho por su respectiva violación.

Palabras claves

Despenalización, delito, derechos de autor, propiedad intelectual, derechos patrimoniales, derechos morales, indemnización de perjuicios, bien jurídico, delitos contra el patrimonio.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze, in the light of Colombian criminal law, whether it is really necessary to penalize the conducts that infringe copyrights or whether, on the contrary, it is possible to prosecute such conducts by different means given by the different legislative mechanisms in force in other areas of the law. For this purpose, first of all, the main concepts related to the subject matter will be addressed. Then, the assumptions for the criminalization of the conducts from the criminal point of view will be established, and it will be analyzed whether the conducts of copyright infringement are framed within such assumptions; and likewise, the possibility of such infringements being framed in other spheres of law will be reviewed. Finally, it will be determined which legislation applicable to the matter is more convenient and effective to repair the damage caused to the holders of this right by the infringement thereof.

Keywords

Decriminalization, crime, copyright, intellectual property, economic rights, moral rights, compensation for damages, legal property, property crime.

Introducción

Con el creciente desarrollo de nuevas tecnologías, invenciones, bienes, productos y demás, incrementa el uso de las diferentes formas de protección de las creaciones humanas, ofrecidas por la legislación. Estos distintos mecanismos para velar por la defensa de la propiedad intelectual representan un pilar fundamental en el desarrollo y la seguridad económica. Cada vez más, estas tecnologías avanzan a una velocidad superior al desarrollo de la legislación sobre la materia.

Se puede afirmar que las personas que están involucradas en el desarrollo de nuevas creaciones buscan métodos de defensa de los derechos patrimoniales y morales adquiridos sobre sus obras e inventos. Es por esto por lo que el derecho que regula la propiedad intelectual debe intervenir y dar una respuesta contundente al interrogante: ¿Qué pasa si un tercero transgrede o vulnera estos derechos?

Actualmente, existen regulaciones y convenios internacionales que representan un gran avance sobre la materia, proponiendo diferentes mecanismos de protección ante las diferentes vulneraciones que pueda presentar este derecho. En la legislación colombiana se presentan medios de defensa desde el marco civil, administrativo y penal. Todos los anteriores están encaminados a proteger un bien jurídico de especial importancia para el ordenamiento. Sin embargo, ¿son realmente necesarias y efectivas las diversas regulaciones? El objetivo del presente trabajo será, entonces, analizar a la luz del derecho colombiano, si la criminalización y sanciones establecidas en el Código Penal (en adelante, CP) son idóneas para reparar las vulneraciones a los derechos de autor.

Para esto, se realizará un recorrido sobre los aspectos generales de la propiedad intelectual, y de manera más específica, sobre la regulación de los derechos de autor. Posteriormente, se hará una revisión de los diferentes mecanismos de protección que tienen los autores para evitar la transgresión de sus derechos, tanto morales como patrimoniales. Luego, se hará énfasis en los artículos 270 a 272 del CP en los cuales se tipifican las conductas que vulneran los derechos de autor. Finalmente, se analizará si esta regulación es idónea para cumplir con la protección del bien jurídico.

Capítulo I: Aproximación a la propiedad intelectual

En el presente capítulo se abordarán de manera general los conceptos principales de la propiedad intelectual y las nociones básicas sobre los derechos de autor, con la finalidad de otorgar un contexto y mayor entendimiento del objeto materia de estudio en este trabajo.

1.1 Aspectos generales de la regulación sobre propiedad intelectual

El derecho de propiedad recae sobre dos clases de bienes: los tangibles y los intangibles. Los primeros hacen referencia a aquellos que pueden ser percibidos por los sentidos, como son los bienes muebles. Por otro lado, los segundos son aquellos que no tienen forma física, no son algo material y, por tanto, no se pueden tocar, como lo es la propiedad intelectual. Esta última será sobre la cual versará el presente trabajo.

La propiedad intelectual alude a todas las creaciones del ingenio humano y se define como la disciplina jurídica que tiene por objeto la protección de bienes inmateriales, de naturaleza intelectual y de contenido creativo, así como de sus actividades conexas (Vega, 2010, p. 9). La misma fue definida en el Convenio de Estocolmo de 1967, donde se establece que se refiere a los derechos relativos:

- a las obras literarias, artísticas y científicas,
- a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión,
- a las invenciones en todos los campos de la actividad humana,
- a los descubrimientos científicos,
- a los dibujos y modelos industriales,

- a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales,
- a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico (p. 2).

Dentro de esta materia se encuentran dos subdivisiones o especies: los derechos de autor y la propiedad industrial. La propiedad industrial se ocupa de:

[...] la protección a las invenciones, modelos de utilidad, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica, lemas y denominaciones comerciales, circuitos integrados, y en algunas clasificaciones se incluye la represión a la competencia desleal, si bien no se trata en este caso del reconocimiento de derechos exclusivos, sino de la sanción a los actos contrarios a los usos honrados en materia industrial y comercial (Vega, 2010, p. 9).

En otras palabras, se refiere a aquella institución que vela por el conjunto de bienes intangibles que son aplicados en el mercado y en el comercio. Mientras que los derechos de autor son una institución por medio de la cual se otorga protección a “[...] las creaciones expresadas a través del género literario o artístico. Nace con la obra misma sin que para ello se requiera formalidad alguna” (Zapata, 2001, p. 10).

Luego de realizar un recorrido por las nociones básicas sobre lo que es la propiedad intelectual, se abordarán de manera más detallada las particularidades propias de los derechos de autor, tema central del presente trabajo.

1.2 Aspectos generales de la regulación sobre los derechos de autor

1.2.1 ¿Qué son los derechos de autor?

Los derechos de autor son una protección que se ha otorgado en la legislación colombiana, y se refiere a:

[...] una forma de protección jurídica en virtud de la cual se otorga al creador de una obra literaria o artística un conjunto de prerrogativas de orden moral y patrimonial, las cuales le permiten proteger su personalidad en relación con la obra, así como controlar la explotación de la misma por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocer (Olarte y Rojas, 2010, p. 9).

Es decir, estos buscan proteger aquellas creaciones del intelecto humano y otorgarle a su creador herramientas para su defensa. Del mismo modo, aportan un reconocimiento por el esfuerzo intelectual desplegado, reconocimiento de carácter patrimonial y moral.

Como se indicó anteriormente, los derechos de autor representan una especie contenida dentro de la propiedad intelectual. En la actualidad, las limitaciones a la vulneración de aquellos se han convertido en una de las protecciones más relevantes para el desarrollo constante de nuevas creaciones. La protección sobre los derechos de autor es de rango constitucional, consagrada en el artículo 61 de la Constitución Política de 1991, en el que se indica que “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”, por lo que se puede afirmar que estos derechos poseen una protección superior.

Actualmente, existen diversas disposiciones en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de las cuales se regulan los diferentes aspectos sobre los derechos de autor. Entre ellas, la Ley 23 de 1982, que reglamenta específicamente los aspectos relativos a este tema y sus derechos conexos en Colombia. En esta ley se indica, además, en su artículo 2, que el objeto de protección de los derechos de autor son “[...] las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas [sic] las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación [...]”. Por ello, podemos afirmar que existen múltiples elementos materializados que se protegen por medio del reconocimiento de estos derechos.

1.2.2 ¿Qué son los derechos conexos?

Adicionalmente, existen otros derechos, denominados como conexos, que son un complemento de los derechos de autor, y son aquellos que se refieren a lo siguiente:

[...] conjunto de prerrogativas, de orden moral y/o patrimonial, reconocidas ya no a los autores de obras artísticas y literarias, sino a los intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y emisiones, respectivamente (Olarte & Rojas, 2010, p. 14).

De acuerdo con lo anterior, se podría concluir que recaen sobre obras derivadas; es decir, es una protección adicional, no necesariamente para el autor original de la obra, sino para aquel que interpreta o ejecuta alguna actividad adicional sobre esta.

1.2.3 ¿Quiénes son considerados autores?

Se considera como autor aquella persona natural, exclusivamente, que crea o interpreta una obra protegible por derechos de autor o derechos conexos; esto es, sobre una obra original o una obra derivada. Como lo establecen Olarte y Rojas (2010):

El derecho de autor protege originariamente a los autores de las obras artísticas o literarias, entendiendo por estos a los creadores, es decir las personas que imprimen su creatividad e ingenio en la elaboración de la creación artística o literaria. En otras palabras, el derecho de autor le confiere la calidad de autor exclusivamente a quien realiza la obra.

Autor, para todos los efectos legales, necesariamente debe ser una persona natural, con lo cual una persona jurídica nunca podrá ser considerada como autor, pues es imposible que por sí misma cree una obra (Olarte y Rojas, 2010, p. 8).

Adicionalmente, no solo el autor puede tener derechos sobre la obra. De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 23 de 1982, existen otras personas, incluso jurídicas, que pueden ostentar la calidad de titulares sobre los derechos de autor, estos son: el productor, sobre su fonograma; el organismo de radiodifusión sobre su emisión; los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares anteriormente para el caso de los derechos patrimoniales; la persona natural o jurídica que, en virtud de contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores.

1.2.4 ¿Cuáles son los derechos a los que puede acceder un autor?

Anteriormente se mencionó que los derechos de autor y los derechos conexos traen consigo principalmente dos tipos de atribuciones a las que pueden acceder los autores con la

protección de sus obras. Estos son derechos de carácter patrimonial y derechos de carácter moral. Los primeros son aquellos que tienen carácter económico, que forman parte del patrimonio del autor porque pueden explotarse económicamente y pueden eventualmente transferirse a terceros. Estos derechos son los que dan beneficios al autor para lucrarse de sus creaciones y poder disponer de las mismas. En resumen:

Los derechos patrimoniales permiten a los titulares de derechos percibir retribución económica por que los terceros utilicen sus obras. Los derechos morales permiten que el autor o creador tomen determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que los unen con sus obras. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, p. 9).

En las regulaciones sobre derechos de autor se mencionan algunas de las formas en las que el autor puede obtener un provecho económico, pero no existe una lista taxativa de las actividades que el autor puede realizar. Es por esto por lo que se mencionarán las más comunes:

- **Derecho de reproducción o fijación:** se refiere a la reproducción total o parcial de una obra, o a su fijación en medios físicos o electrónicos (Vega, 2010, p. 37).
- **Derecho de comunicación pública:** derecho que ostenta el titular para la comunicación pública de la obra (Vega, 2010, p. 38).
- **Derecho de transformación:** derecho que permite que la obra sea transformada. De este derecho surgen las obras derivadas, que posteriormente ostentan una protección independiente. Las modificaciones que se realicen a la obra no pueden ser con el propósito de desmeritar y siempre se debe reconocer la autoría (Vega, 2010, p. 41).
- **Derecho de distribución:** el titular puede autorizar o prohibir la distribución al público de copias de sus obras mediante su venta, arrendamiento o alquiler (Vega, 2010, p. 42).

Estos son algunos de los derechos que el autor puede usar y transferir a terceros con el fin de obtener un provecho económico de la obra; asimismo, tiene la facultad de licenciarlos e incluirlos dentro de los bienes de su patrimonio.

Por otro lado, los derechos morales se refieren a aquellas atribuciones que se le otorgan al autor por cumplir con esta calidad, por este motivo no es posible transferirlos de ninguna forma. Como indican Olarte y Rojas (2010):

Los derechos morales de autor se caracterizan por ser intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles, así como por tener la connotación de ser derechos de rango fundamental, tal como la ha reconocido la jurisprudencia Constitucional. Estos derechos tienen como objeto proteger la personalidad del autor en relación con su obra (Olarte y Rojas, 2010, p. 11).

Teniendo en cuenta lo anterior, la legislación colombiana, a través de la Ley 23 de 1982, ha indicado una lista de los derechos morales de manera taxativa, estos son:

- **Derecho de paternidad:** se refiere al derecho que tiene el autor de que siempre que se use su obra se debe reivindicar su nombre, sin importar quién ostente los derechos patrimoniales (Vega, 2010, p. 32).
- **Derecho de integridad:** el autor tiene derecho a oponerse a la distorsión, mutilación u otras acciones que puedan ser perjudiciales para su obra, honor o reputación como autor (Vega, 2010, p. 33).

- **Derecho de ineditud:** derecho que tiene el autor sobre la divulgación de su obra, es decir, posee la facultad de determinar si quiere que su obra sea inédita o anónima (Vega, 2010, p. 33).
- **Derecho de modificación:** el autor tiene el derecho a modificar su obra en cualquier momento, aun cuando esta haya sido divulgada. Este derecho implica que pueda existir una posible indemnización a terceros afectados por el ejercicio del derecho de modificación, sobre todo cuando la obra ya fue publicada y algún tercero ostenta derechos patrimoniales sobre ella (Vega, 2010, p. 34).
- **Derecho de retracto:** es el derecho a retirar la obra del acceso al público aun después de haberlo autorizado, previa compensación económica por daños que pueda ocasionar a quienes inicialmente les había concedido derecho de utilización o quien ostente algún derecho patrimonial sobre la misma (Vega, 2010, p. 34).

1.2.5 ¿Cuáles son algunas características de la protección?

Se ha hecho referencia al concepto sobre derecho de autor, los elementos que pueden ser protegidos por este y los derechos que trae consigo esta protección. Sin embargo, no toda obra o creación por sí misma es protegible. La normativa nacional e internacional ha acordado una serie de requisitos indispensables para que esta obra o creación sea considerada como un elemento protegible, pero, además, ha dotado a la protección de algunas características especiales. Entre estas destacan las siguientes:

- **Materialización:** es fundamental que la obra o creación sea materializada, debido a que las ideas están por fuera del ámbito de protección de la normativa sobre derechos de autor. Por esta razón, si una persona tiene una idea, pero no la materializa, no podrá

ir contra un tercero que desarrolle y materialice la misma idea y es por esto por lo que es menester contar con un soporte material donde repose la obra. (Vega, 2010, p. 16).

- **Originalidad:** es un concepto que no se debe confundir con la definición de novedad. La originalidad se refiere a que, en el desarrollo creativo, en la producción y materialización de la obra, el autor plasme su sello personal. Es decir, que la obra sea su forma de expresión propia y distintiva. Contrario a la novedad, este requisito no indica que necesariamente tenga que ser algo nuevo o nunca visto, es posible que el autor se inspire en obras previas o ya existentes. Del mismo modo, en la novedad debe demostrar que su desarrollo tiene un componente diferenciador, que no se ha visto antes. (Vega, 2010, p. 16).
- **El mérito y la destinación de la obra:** este concepto se refiere a que la protección otorgada por el derecho de autor es reconocida con independencia “[...] del género (artístico o literario), la forma de expresión (escrita, sonora, audiovisual, etc), mérito (pues este es un concepto subjetivo que corresponde al ámbito de la crítica y no del derecho) y destino [...] de la obra” (Vega, 2010, p. 17).

En virtud de esto, se afirma que el derecho de autor no discrimina el tipo de obra, ni si el autor es reconocido o tiene formación profesional; lo indispensable es que la obra goce de creatividad, originalidad y que cumpla con los demás requisitos para obtener la protección.

- **Ausencia de formalidades:** este más que un requisito es una atribución propia de los derechos de autor. Indica que, para acceder a la protección otorgada por los derechos

de autor, basta con la creación de la obra, por lo que no se requiere realizar un registro para ostentar la calidad de autor y desplegar los derechos propios de este.

Es importante resaltar que, si bien no existe obligación alguna de proceder con el registro en la Dirección Nacional de Derechos de Autor para Colombia, este registro eventualmente podría servir en temas probatorios ante un litigio. (Vega, 2010, p. 17).

- **Independencia de la titularidad sobre la obra y la propiedad del soporte material en que esta se encuentra incorporada:** Este criterio nos indica que “[...] debe diferenciarse el derecho de autor que se ejerce sobre una obra y el derecho de propiedad del soporte material donde la creación está contenida” (Olarte y Rojas, 2010, p. 10). Es decir, sobre la misma obra recaen tanto los derechos de autor sobre la creación en sí, y los derechos de propiedad sobre el soporte físico donde se desarrolla la obra.
- **Protección universal:** este requisito ha sido considerado como una máxima del derecho de autor, pues, a diferencia de la propiedad industrial, la protección es de carácter universal. Esto se refiere a que, aun sin necesidad de registro, si se presenta una infracción en un lugar diferente al de residencia del autor o al de publicación de la obra, este gozará de todas las protecciones indicadas anteriormente.

1.2.6 ¿Cuál es el tiempo de protección para las obras protegidas por derecho de autor?

Al igual que para la propiedad industrial, la protección por derechos de autor cuenta con un tiempo específico por el cual el autor o los titulares de los derechos patrimoniales gozan de los beneficios derivados de la obra.

Para personas naturales, la Ley 23 de 1982, en su artículo 21, indica que el tiempo de protección será por el tiempo de vida del autor y ochenta años adicionales después de su muerte

para los derechos patrimoniales. Para el caso de los derechos morales, como se mencionó anteriormente, son imprescriptibles. Vale la pena resaltar que el criterio del término de protección es uno de los que varía dependiendo del ordenamiento jurídico.

Para personas jurídicas, se debe hacer referencia a lo que indica el inciso 2º del artículo 18 de la Decisión Andina 351 de 1993 sobre el plazo de protección: “[...] Cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra [...]” (Organización de los Estados Americanos, 1993).

1.2.7 ¿Cuáles son las limitaciones al derecho de autor?

Las limitaciones a los derechos de autor se refieren a aquellas ocasiones donde los terceros pueden hacer uso de las obras protegidas por derechos de autor, sin solicitar autorización alguna por el mismo o el titular de los derechos patrimoniales. Estos casos son enlistados en el artículo 31 de la Ley 23 de 1982, donde destacan a continuación las más relevantes:

- Es permitido citar a un autor dentro de otra obra, realizando transcripciones de extractos de esta. Sin embargo, estos deben ser moderados y no de manera continua dentro del nuevo texto. Además, el autor de la obra original deberá ser citado dentro del texto indicando el nombre del autor y el título de la obra original.
- Usar obras protegidas por derechos de autor con fines de enseñanza, sin que medie lucro alguno e indicando el nombre del autor y el título de la obra que se extrajo.
- Uso de copia privada, lo cual se refiere a la reproducción de una obra legítimamente adquirida, reproducción ordenada o realizada por interesado. Es permitido para un ejemplar y únicamente para uso privado sin fin comercial, en torno doméstico. Debe ser sin fines de lucro, debe ser usado por una persona natural.

- Representaciones o ejecuciones en instituciones educativas de obras protegidas, no necesariamente para fines educativos, pero sin obtención de lucro.
- Uso en medios de comunicación de obras protegidas por derechos de autor, para hacer referencia a estos en artículos de actualidad e interés.

1.2.8 ¿Cuál es la regulación más relevante sobre derechos de autor?

Finalmente, para completar este aparte, es menester mencionar de manera más concreta la regulación nacional e internacional más relevante sobre la protección a los derechos de autor:

Regulación internacional:

1. Convención de Roma donde se emite una regulación sobre la protección de los artistas, intérpretes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, ratificada a través de la Ley 48 de 1975.
2. Convenio de Berna sobre la protección de las obras literarias y artísticas, ratificada a través de la Ley 33 de 1987.
3. Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones 1993: Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.
4. Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), ratificada a través de la Ley 179 de 1994.
5. El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución y fonogramas, ratificada a través de la Ley 545 de 1999.
6. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre los derechos de autor, introducida al ordenamiento colombiano a través de la Ley 565 de 2000.

Regulación Nacional:

1. Constitución Política de 1991 Artículo 61.
2. Ley 23 de 1982: Sobre los Derechos de Autor en Colombia
3. Ley 44 de 1993: Ley que modifica la Ley 23 de 1982
4. Decreto 460 de 1995: Se regula la Dirección Nacional de Derechos de Autor en Colombia.
5. Ley 599 del 2000: Código Penal Colombiano - Artículos 270, 271 y 272
6. Ley 890 de 2004: Ley que modifica el Código Penal Colombiano.
7. Ley 1032 de 2006: Por la cual se modifican los artículos 257, 271, 272 y 306 del Código Penal.
8. Ley 1915 de 2018: Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos.
9. Las leyes mencionadas en el apartado anterior, que ratifican los instrumentos internacionales.

Con este contexto podemos concluir que los derechos de autor cuentan con un desarrollo legislativo importante en los últimos años, conforme se incrementan las obras y creaciones. Por esta razón se considera de vital relevancia abordar, no solo las nociones básicas sobre la Propiedad Intelectual y los Derechos de Autor, sino también algunas de las infracciones más comunes y los mecanismos de defensa que poseen los autores para la protección de toda transgresión de sus creaciones.

1.2.9 Infracciones a los derechos de autor

Una vez se realiza un recuento sobre los aspectos generales que regulan los derechos de autor en Colombia, es fundamental determinar cuáles son aquellas infracciones contra los

derechos de autor o aquellas conductas que al ser desplegadas por terceros infringen la protección otorgada a la obra.

Es importante indicar que se define por infracción a los derechos de autor. La OMPI, a través del glosario sobre la materia, nos indica que:

[...] Es toda utilización no autorizada de una obra protegida por derecho de autor cuando la autorización para tal utilización es necesaria en virtud de una ley. La infracción del derecho de autor consiste característicamente en la propia utilización no autorizada [...] en los países en que se concede la protección a los derechos morales, la infracción de los derechos de autor puede consistir también en la deformación de una obra, omisión de la mención de paternidad, etc. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980, p. 134).

De esta definición podemos extraer que toda conducta no autorizada por el titular de los derechos de autor, tanto de carácter moral, como patrimonial que no esté consagrada dentro de las limitaciones legales a los derechos de autor, podría configurar una infracción. Vale la pena agregar, que no solamente se considera lesión a los derechos de autor, el uso, reproducción, comercialización, etc. no autorizado, incluso si el autor autoriza la realización de una conducta sobre la obra, podría existir infracción, sobre todo ante los derechos morales, si por ejemplo se autoriza la reproducción de la obra, pero no se reconoce autoría sobre la misma.

En la legislación colombiana no se hace referencia o se enumeran de manera taxativa los tipos de infracciones a los derechos de autor, sino que se hace alusión a las actividades que pueden ser cometidas por terceros y podrían considerarse como transgresiones. Sin embargo, debido a la importancia del tema, varios doctrinantes han construido conceptos que son

comúnmente utilizados para describir ciertas conductas realizadas por terceros que atentan contra las obras protegidas por derechos de autor o derechos conexos. Por tanto, a continuación, se hará una referencia a los conceptos que se usan actualmente para describir las conductas mencionadas.

- **La piratería:** ha sido definida como:

[...] la conducta antijurídica típica contra el derecho exclusivo de reproducción. Consiste en la fabricación, la venta y cualquier forma de distribución comercial, ilegal, de ejemplares [...] de obras literarias, artísticas, audiovisuales, musicales, de las interpretaciones o ejecuciones de estas, de programas de ordenador y de bancos de datos (Lipszyc, D., 1994, p. 14).

La conducta denominada como piratería hace referencia a la reproducción y comercialización sistemática de una obra protegida, donde su autor no ha cedido los derechos relativos a la explotación de esta. Por lo anterior, es considerada como ilegal, y violenta de manera directa los derechos patrimoniales del autor.

La piratería no solo contempla la conducta del tercero que realiza de manera directa o por medio de otra persona la reproducción o comercialización de la obra sin autorización del autor o titular del derecho de reproducción, sino que también es posible que aquella persona que acceda o compre la obra de manera ilegal sea considerado como infractor y que para este también se configuren las sanciones respectivas.

- **El plagio:** ha sido definido en el Glosario de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual como “[...] el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados” (Boytha G, 1980, p. 192). Es decir, se considera plagio el uso de una obra en un desarrollo

propio, sin que se conceda crédito al autor original de la obra. Se pueden destacar diversas modalidades de plagio, entre ellas la clonación literal o plagio completo, el plagio parcial y la falsa autoría (Editorial La República, 2018).

Vale la pena resaltar que las modalidades de plagio no se encuentran definidas de manera taxativa en la norma. Sin embargo, de acuerdo con las características propias de cada infracción, se les ha otorgado un nombre para su uso cotidiano.

Ahora bien, luego de haber abordado de manera general los aspectos más relevantes sobre los derechos de autor, en el próximo capítulo se hará énfasis en cuáles son los diferentes mecanismos que ha otorgado la legislación colombiana, para que el autor pueda realizar la defensa de los derechos que ha adquirido.

Capítulo II: Aspectos generales de los mecanismos de protección de los derechos de autor en Colombia

Teniendo en cuenta la importancia de los derechos de autor y que los mismos están protegidos por la Constitución Política, la legislación colombiana ha establecido mecanismos jurídicos en el ámbito Civil, Administrativo y Penal para la protección de las diferentes vulneraciones que se puedan presentar en contra de estos derechos. Estos mecanismos serán explicados a continuación:

2.1 Acciones Civiles

En primer lugar, en lo respectivo a los mecanismos en el ámbito civil, los derechos de autor se enmarcan en el derecho privado, en el que se regula la titularidad de aquellos, otorgando derechos morales y patrimoniales sobre sus obras. Para la efectiva protección de estos por medio de las acciones civiles se tiene que el autor puede adelantar las siguientes acciones:

2.1.1. Procedimientos cautelares:

La legislación colombiana contempla dos clases de procedimientos cautelares aplicables para la protección de los derechos de autor que se tramitan ante el juez civil competente. En primer lugar, se establecen aquellos que se solicitan al interponer la demanda, a estos se les denomina secuestros preventivos, y lo que buscan es incautar las obras reproducidas de manera ilegal mientras se surte el proceso. Pueden recaer sobre:

[...] toda obra, producción, edición y ejemplares o del producido de la venta y alquiler de tales obras, producciones, edición o ejemplares y del producido de

la venta y alquiler de los espectáculos cinematográficos, teatrales, musicales y otros análogos (Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2018).

Sobre esto se resalta lo establecido en el artículo 247 de la Ley 23 de 1982, el cual indica que esta medida puede ser decretada por el juez municipal o del circuito del lugar del espectáculo, aun cuando no sean los competentes para conocer del juicio.

En segundo lugar, es posible aplicar medidas cautelares sin haber presentado la demanda cuando es solicitada la interdicción o suspensión de “[...] la representación, ejecución, exhibición de una obra teatral, musical, cinematográfica y otras semejantes, que se van a representar, ejecutar o exhibir en público sin la debida autorización del titular o titulares del derecho de autor” (Ley 23 de 1982).

Este segundo tipo de medida cautelar sería útil en caso de que el autor conozca de la posible ejecución de la infracción antes de que se ejecute o mientras esta es ejecutada.

2.1.2 Proceso ejecutivo:

Sobre este mecanismo es menester señalar que representa una opción cuando se pretenda “[...] el cumplimiento de una prestación relacionada con un acto o un hecho vinculados al derecho de autor o los derechos conexos” (Vega, 2010, p. 77). Por medio de este, lo que se busca es cobrar judicialmente una obligación clara, expresa y exigible, respaldada en un título ejecutivo. A modo de ejemplificación, si se había suscrito un contrato para la cesión de los derechos de autor sobre una obra entre el sujeto A (autor-cedente) y sujeto B (cesionario), y el primero cumple con su obligación pero no recibe la contraprestación por parte del sujeto B, entonces, como consta un título ejecutivo (el contrato), puede solicitar ante un juez que se

haga efectivo su derecho y que se ordene el pago de lo adeudado. Este proceso está regulado en los artículos 422 y siguientes del Código General del Proceso.

2.1.3 Proceso declarativo

En el proceso declarativo como mecanismo de protección de los derechos de autor se resalta lo establecido en la Ley 23 de 1982, donde se indica que las controversias: “[...] que se susciten con motivo de esta ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltos por la justicia ordinaria”. Esto se aplica cuando el autor o los autores de la obra tienen como objeto “[...] la imposición de una condena, la declaración judicial de un derecho existente pero incierto o la constitución de una nueva situación jurídica al adoptarse una declaración” (Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2018, p. 3), protegiendo así al verdadero titular e imponiendo sanciones a aquellos que hayan vulnerado o transgredido ese derecho. Este tipo de proceso lo que busca es que se declare la existencia del derecho de autor al verdadero titular de la obra, por lo que es un proceso que se iniciaría en caso de que exista conflicto sobre la titularidad de la obra.

La competencia para conocer sobre las controversias que se puedan presentar será, según los artículos 19 y 20 del Código General del Proceso, en principio de los jueces civiles del circuito en primera o única instancia, salvo que correspondan a la jurisdicción administrativa. Del mismo modo, se resalta que dicho Código, en su artículo 24, otorga funciones jurisdiccionales a la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

2.1.4 Conciliación

La Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001 proponen un mecanismo de solución de conflictos extrajudicial, el cual hace referencia a:

[...] un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral -conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y (sic) imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian.

Esta es una alternativa extrajudicial para poder resolver, de manera directa, las diferencias que se pueden presentar sobre los derechos de autor, sin intervención de un juez.

2.2. Acciones administrativas

La legislación colombiana, conforme a las atribuciones señaladas en los artículos 116 de la Constitución Política de Colombia, 13 numeral 2° de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 6° de la Ley 1285 de 2009 y el artículo 24° del Código General del Proceso, les concede competencia a las autoridades administrativas para ejercer funciones jurisdiccionales en ámbitos específicos. Con base en esta normativa, el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) en el artículo 24 le otorga competencia a la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) para resolver las controversias que se pueden presentar en lo relacionado a los derechos de autor y derechos conexos:

Artículo 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas.

Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: [...]

3. Las autoridades nacionales competentes en materia de propiedad intelectual: [...]

b) La Dirección Nacional de Derechos de Autor en los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos. [...]

Por lo anterior, se tiene que en materia de derechos de autor y derechos conexos la DNDA tiene funciones jurisdiccionales donde actúa como tercero imparcial para los pleitos que se puedan presentar en la materia, dichas funciones se ejercen sin perjuicio de las facultades concedidas a otras entidades.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 242 de la Ley 23 de 1982, donde se le concede la competencia a la jurisdicción ordinaria sobre las controversias que se puedan presentar en la aplicación de las disposiciones, se reduce el ejercicio de la competencia otorgada a la DNDA. Por esto se entiende que:

[...] para efectos de reclamaciones judiciales estrictamente relacionadas con derecho de autor, la jurisdicción competente será la ordinaria, atendiendo además a las disposiciones previstas en el artículo 19 y 20 del Código General del Proceso, relacionados (sic) con la competencia de los jueces civiles del

circuito en primera y única instancia (Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2018, p. 8).

Como consecuencia de lo anterior, la competencia de la DNDA se reduce a atender “[...] consultas jurídicas efectuadas por la ciudadanía en general, acerca de temas relacionados con Derecho de Autor y Derechos Conexos; no obstante, carece de competencia para emitir pronunciamientos o conceptos relacionados con casos particulares” (Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2018, p. 8). Por esto, se entiende que, finalmente la DNDA no termina ejerciendo plenamente sus funciones jurisdiccionales.

2.3 Acciones Penales

Otra de las medidas propuestas por el legislador para velar por los derechos de autor y derechos conexos es por medio del derecho penal. En los artículos 270 a 272 del CP se tipifican como delito diferentes conductas que atentan contra estos derechos.

Teniendo en cuenta que esta regulación será el eje central de análisis del presente trabajo, en los siguientes capítulos se desarrollará de manera más específica lo relativo a los mecanismos establecidos en esta área del derecho para velar por la protección de los derechos de autor.

Capítulo III: Protección a los derechos de autor en el derecho penal colombiano

Durante el presente capítulo se abordará de manera puntual la regulación en materia penal sobre las infracciones a los derechos de autor, se indicarán los antecedentes que dieron origen a la norma, se realizará una breve descripción del contenido de los artículos 270 a 272 CP, y se indicará el bien jurídico que se pretende proteger con dichos artículos.

3.1 Antecedentes de los artículos 270 a 272 CP

En este aparte, parece relevante realizar un breve recorrido histórico sobre la protección de los derechos de autor, específicamente la evolución de los mecanismos de protección y defensa frente a las infracciones contra estos.

La primera mención que se realizó en Colombia sobre algo similar a un mecanismo penal para proteger invenciones del intelecto humano fue en el año 1936, donde se expide la Ley 95, y se habla en su artículo 285 de una sanción privativa de la libertad para “El que en perjuicio de terceros haga uso de pesas o medidas alteradas o que tengan las **contramarcas legales falsificadas o alteradas**, incurre en el arresto de un mes a un año y en la multa de cinco a quinientos pesos”¹. Por lo cual, se puede inferir que desde este momento el legislador integra al ordenamiento jurídico colombiano la primera noción para la defensa de derechos sobre creaciones intelectuales.

Posteriormente, se expide la Ley 86 de 1946 que regula temas relativos a la propiedad intelectual, y en el capítulo número VIII enuncia las sanciones de tipo penal contra las infracciones a derechos de autor y otros elementos de propiedad industrial; en el mismo capítulo anuncia la competencia y procedimiento para imponer dichas sanciones.

¹ Negrilla fuera del texto.

Años después, se expide una de las normativas más relevantes en la actualidad sobre la materia: la Ley 23 de 1982, donde se realiza una regulación más rigurosa y se modifican las disposiciones anteriores en materia de propiedad intelectual. Más tarde, se expide la Ley 44 de 1993 que reguló específicamente lo concerniente a derechos de autor, y fue el régimen penal sancionatorio aplicable, hasta la entrada en vigor de las disposiciones del Código Penal (Ley 599 del 2000). No obstante, dicho Código no modificó de manera radical la regulación sobre infracciones que traía la ley anterior.

Finalmente, a partir de lo consagrado en el CP actual, se han introducido, por medio de diversas leyes, algunos cambios, modificaciones y aclaraciones, las cuales no representan una alteración significativa a la normativa aplicable. Entre estas leyes se resalta la Ley 890 de 2004, Ley 1032 de 2006 y finalmente la Ley 1915 de 2018. Actualmente, se tipifican las conductas que vulneran los derechos de autor en los artículos 270 al 272 del CP, los cuales serán explicados a continuación.

3.2 Aproximación a los tipos penales descritos en los artículos 270 a 272 del CP colombiano:

A lo largo del presente estudio, se han abordado diferentes regulaciones sobre el tema de propiedad intelectual y, específicamente, las normas relativas a los derechos de autor. Es por esto por lo que, en este aparte, se hace referencia a la tipificación respectiva a las infracciones sobre derechos de autor que consagra el Código Penal colombiano.

Con base en esto, y en aras de no hacer una transcripción literal del texto de la ley por su extensión, se hará un breve análisis sobre cada uno de los puntos relevantes que mencionan los artículos que realizan alusión directa a las sanciones que conlleva la violación a los derechos de autor en Colombia.

En primer lugar, en el artículo 270² del CP, modificado por la Ley 890 de 2004 y posteriormente por la Ley 1915 de 2018, denominado por el legislador como *violación a los derechos morales de autor*, se establece como consecuencia de esta, la pena privativa de la libertad de treinta y dos a noventa meses y multa de veintiséis puntos sesenta y seis a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Entre las conductas descritas en este artículo se pueden identificar de manera general las siguientes:

- Conductas que atenten contra el derecho de ineditud, específicamente la conducta de publicar una obra inédita.
- Conductas que atenten directamente contra los derechos morales referentes a la paternidad e integridad de la obra mediante fraude en el registro.
- Conductas que atenten contra el derecho moral de transformación de obra protegida, es decir, conductas dirigidas a modificar la obra.

Adicional a las sanciones anteriormente mencionadas, en el supuesto de que el infractor utilice el nombre, razón social, logotipo o distintivo perteneciente al titular legítimo de la obra, en casos de modificación de la obra, las penas podrán aumentarse hasta en la mitad.

Para este aparte, es de gran importancia resaltar que el artículo referido puede presentar contradicciones y una seria limitación para las conductas descritas en el numeral primero. Por esto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal a través de la Sentencia 31403 de 2010 advierte que:

² **Artículo 270 del CP:** “Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

PARAGRAFO. Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad.

[...] el artículo 270 del CP, ha de ser interpretado de tal forma que su numeral primero no sólo cubra la tutela de lo inédito respecto de la publicación, sino que en sentido amplio proteja el derecho moral del autor y, consecuentemente, incluya dentro de las conductas pasibles de sanción penal: (i) aquellas que a través de otras formas de divulgación conlleven la pública difusión de la obra inédita, sin autorización previa y expresa de su titular; y, (ii) aquellas que conlleven a la violación del derecho de paternidad o reivindicación, conforme a las siguientes eventualidades:

1) Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se divulga total o parcialmente, a nombre de persona distinta a su titular, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

2) Cuando sin autorización previa y expresa del titular del derecho, se publica total o parcialmente, a nombre de otro, una obra ya divulgada, de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico. [...] (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 31403 de 2010).

Esta sentencia ha sido de gran relevancia en el desarrollo y entendimiento de este tema, ha complementado y ha otorgado lineamientos para la interpretación del artículo 270 del CP, donde se concluye que se debe extender a aquellas conductas que comúnmente se conocen como plagio de obras inéditas o ya publicadas.

A continuación, el artículo 271³ del Código, modificado por la Ley 1032 de 2006 y por la Ley 1915 de 2018, que prevé una sanción privativa de la libertad de cuatro a ocho años y multa de veintiséis punto sesenta y seis a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes para aquellas conductas que atenten contra diversos derechos protegidos, salvo las expresamente previstas en la ley. Entre ellas se destacan:

- Conductas de reproducción, distribución, comercialización y disposición de cualquier tipo de obras protegidas sin consentimiento del autor o quien ostente los derechos patrimoniales de la obra.
- Conductas de representación, ejecución o exhibición de obras literarias o artísticas, sin previa autorización.
- Conductas de retransmisión y fijación por cualquier medio sonoro o audiovisual de emisiones de organismos de radiodifusión sin autorización.

Vale la pena además indicar que en el párrafo consagrado en la norma se indica que la reproducción por medios informáticos o virtuales será también punible cuando el infractor cometa la conducta con el ánimo de obtener provecho económico o beneficio de algún tipo, realizándose a escala comercial. Con base en lo anterior, se puede concluir que este artículo

³ Artículo 271 del CP: “**Incurrirá** en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones

2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.

3. Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.

4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales. 5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.

6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.

7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 36 de la Ley 1915 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La reproducción por medios informáticos de las obras contenidas en el presente artículo será punible cuando el autor lo realice con el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, o lo haga a escala comercial.”

hace referencia sobre todo a infracciones contra derechos patrimoniales, tanto de los derechos de autor como de los derechos conexos.

Sobre este aparte, es relevante mencionar que la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia 29188 del 30 de abril de 2008, indica que es necesario para la materialización del daño y su imputación al sujeto, que quien ejerce la conducta de actos de explotación, comercialización y disposición de la obra protegida debe cumplir con dos requisitos subjetivos del tipo: (i) ser ejercida con el ánimo de lucrarse del hecho cometido y (ii) debe ser con la intención de lesionar el patrimonio del autor o creador. Además, se indica en la misma sentencia que: “Si bien estas exigencias no se encuentran expresamente consignadas en la norma prohibitiva, constituyen verdaderos elementos subjetivos del tipo que en cada caso han de ser constatados por el juez, en orden a declarar demostrada, en grado de certeza, la materialidad de la conducta” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 29188 de 2008).

Posteriormente, a través de la Ley 1915 de 2018, se introduce el párrafo que complementa y añade lo mencionado en la Sentencia 29188 del 30 de abril de 2008; se consagra de la siguiente forma: “La reproducción por medios informáticos de las obras contenidas en el presente artículo será punible cuando el autor lo realice con el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, o lo haga a escala comercial”.

Finalmente, tenemos el artículo 272⁴ del CP, modificado por la Ley 1032 de 2006 y posteriormente por la Ley 1915 de 2018, que prevé una sanción igual a la indicada en el artículo precedente. De manera general, se enuncian las conductas que recoge el artículo:

⁴ Artículo 272. Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien con el fin de lograr una ventaja comercial o ganancia económica privada y salvo las excepciones previstas en la ley:

1. Eluda sin autorización las medidas tecnológicas efectivas impuestas para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados.
2. Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público o suministre servicios que, respecto de cualquier medida tecnológica efectiva:

a) Sean promocionados, publicitados o comercializados con el propósito de eludir dicha medida; o

- Eludir las medidas tecnológicas de acceso a obras protegidas sin autorización.
- Fabricar, comercializar o distribuir productos o servicios que permitan eludir las medidas de seguridad para acceder a obras protegidas.
- Distribuir públicamente obras protegidas sin autorización del titular de los derechos.
- Tergiversar información para el pago o recaudo de derechos económicos de obras o interpretaciones protegidas.

3.2.1 Bien jurídico

Los bienes jurídicos penalmente relevantes son aquellos “[...] intereses sociales o personales que gozan de un reconocimiento y tutela por parte del conjunto del ordenamiento jurídico” (Mata y Martín, 2007, p. 58) y que, por su importancia, requieren de una especial protección a través del ámbito penal. El bien jurídico que se pretende proteger en los tipos 270-272 del CP es el conjunto de facultades o atribuciones que se le otorgan al autor, “[...] que le permiten al individuo explotar de forma exclusiva aquello que es producto de su intelecto” (Gaviria, 2003, pp. 548-549). Entre ellas, se logran distinguir dos clases o vertientes de facultades con las que cuenta el creador o autor: (i) derechos morales y (ii) derechos patrimoniales, ambos tipos de derechos fueron descritos en el Capítulo I.

b) Tengan un limitado propósito o uso comercialmente significativo diferente al de eludir dicha medida; o

c) Sean diseñados, producidos, ejecutados principalmente con el fin de permitir o facilitar la elusión de dicha medida.

3. Suprima o altere sin autorización cualquier información sobre la gestión de derechos.

4. Distribuya o importe para su distribución información sobre gestión de derechos sabiendo que dicha información ha sido suprimida o alterada sin autorización.

5. Distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público copias de las obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, sabiendo que la información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

6. Fabrique, ensamble, modifique, importe, exporte, venda, arriende o distribuya por otro medio un dispositivo o sistema tangible o intangible, a sabiendas o con razones para saber que la función principal del dispositivo o sistema es asistir en la descodificación de una señal codificada de satélite portadora de programas codificados sin la autorización del distribuidor legítimo de dicha señal.

7. Recepcione o posteriormente distribuya una señal de satélite portadora de un programa que se originó como señal por satélite codificada a sabiendas que ha sido descodificada sin la autorización del distribuidor legítimo de la señal.

8. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos.

9. Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice etiquetas falsificadas adheridas o diseñadas para ser adheridas a un fonograma, a una copia de un programa de computación, a la documentación o empaque de un programa de computación, a la copia de una película u otra obra audiovisual.

10. Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice documentos o empaques falsificados para un programa de computación.

Para el caso del artículo 270, la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia 31403-2010, expuso sobre esto que el bien jurídico protegido por el artículo “[...] es, como su nombre lo indica, los derechos morales de autor [...]”. Este bien jurídico hace referencia al grupo de facultades extrapatrimoniales en cabeza del autor o creador sobre su obra, las cuales: “[...] se orientan a proteger la paternidad del autor sobre la obra y, por lo tanto, a garantizar que la misma no sea divulgada o se afecte su integridad (que sea desfigurada o cambiada) sin que medie el consentimiento del autor” (Álvarez, Ceballos y Muñoz, 2013, p. 99).

Los derechos morales sobre la obra, como se ha mencionado en las primeras páginas de este trabajo, se han considerado como de carácter fundamental y la Corte Constitucional los ha descrito de la siguiente forma:

Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre. (Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 1998).

Además de lo anterior, se resalta que estos derechos son catalogados como derechos personalísimos por la Corte Constitucional, de lo cual se desprende que sean de carácter inalienable, irrenunciable, imprescriptible e independiente. (Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 1993).

Por otro lado, el artículo 271 protege el segundo tipo de derechos y prerrogativas que ostenta el autor, los patrimoniales. El bien jurídico que pretende salvaguardar es la exclusividad que ostenta el autor para ejercer los derechos patrimoniales, como la reproducción, comunicación y comercialización de su obra, es decir el “[...] el derecho exclusivo a la explotación de la misma” (Alvarez, Ceballos y Muñoz, 2013, p. 101).

Sobre esto, han existido diversas teorías en la jurisprudencia, pues en ocasiones se confunde la afectación económica con la exclusividad en la titularidad de los derechos patrimoniales; esto último es lo que se pretende proteger, como bien lo indican (Olarte y Rojas, 2010, p. 59) cuando hacen referencia a que:

[...] la infracción penal, ha de entenderse cometida en cuanto se ataque o lesione el derecho exclusivo del autor en cualquiera de las dos referidas manifestaciones sin que, por lo tanto, sea necesario para apreciar la antijuridicidad de la conducta la existencia o demostración del perjuicio económico.

En cuanto a la diferenciación realizada sobre los derechos de carácter moral y de carácter patrimonial, cabe anotar la discusión que se ha presentado, sobre todo en la doctrina extranjera, sobre el tema. Por un lado, un sector de la doctrina considera que la distinción entre ambas vertientes o la concepción *dualista* supone una diferenciación aparente, y se propone una concepción *monista*. Esta concepción indica que no es posible concebir dichas facultades

o prerrogativas de manera separada, puesto que se presenta entre ambos una “[...] interconexión tal que su separación es, en todo caso, poco menos que imposible” (Álvarez, Ceballos y Muñoz, 2013, p. 102). Sin embargo, ni la jurisprudencia ni la doctrina colombiana han tenido un debate relevante sobre el tema, por lo que se podría inferir, por la forma en la que están descritos los artículos, que el legislador tiende a orientarse más por una concepción dualista, pues separa en dos artículos ambos tipos de derechos, otorgando una protección diferenciada, por lo que parece considerar que no hay una conexión estrictamente necesaria entre ambos tipos de derechos. No obstante, lo anterior no significa de manera definitiva que esta era la intención del legislador, puesto que en el Código Penal “[...] a veces nos encontramos con eventos en los que al parecer se protege la dimensión moral, pero que necesariamente, al tiempo también se puede estar protegiendo la vertiente patrimonial” (Álvarez, Ceballos y Muñoz, 2013, p. 104).

Finalmente, el artículo 272 CP busca proteger los derechos de autor, tanto su componente patrimonial como moral. Sobre esto es menester resaltar que la doctrina ha clasificado este bien jurídico, como una protección indirecta, puesto que lo que el tipo pretende es: “[...] sancionar las conductas mediante las cuales si bien no se atenta directamente contra los derechos de autor, sí se afectan mecanismos o medidas que permiten evitar el atentado contra dichos derechos o que facilitan el adecuado control de la explotación de las obras por parte de terceros” (Gaviria, 2011, p. 614). En otras palabras, el artículo no busca proteger de manera directa derechos morales o patrimoniales, sino aquellos medios tecnológicos que buscan salvaguardar las obras y su acceso, por lo que se sancionan las conductas que eluden o defraudan estas medidas de protección digitales.

Así lo anterior, el bien jurídico tutelado se podría ver vulnerado, por ejemplo, cuando una obra literaria está bloqueada para el público y, para poder acceder a ella, es necesario un

código de seguridad; no obstante el sujeto elude o burla esta medida e ingresa a la obra sin la debida autorización (artículo 272 numeral 1° CP).

Adicionalmente, sobre este artículo se menciona que se incorpora al ordenamiento jurídico para cumplir con los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, tales como los Tratados de la OMPI de 1996: Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TODA) y Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF) (Olarte y Rojas, 2010, p. 77).

Capítulo IV: Análisis crítico de la criminalización de la violación a los derechos de autor en Colombia

El presente capítulo tiene como finalidad analizar los tipos penales descritos en los artículos 270 a 272 del Código Penal, teniendo en cuenta los aspectos mencionados previamente, desde una perspectiva crítica, tomando en consideración los principios del derecho penal.

4.1 Principio de legalidad

Teniendo en cuenta que el derecho penal contempla la aplicación de los medios más severos y las consecuencias más gravosas, es indispensable que este poder punitivo en cabeza del Estado sea limitado y exento de arbitrariedad. Para esto, es de suma importancia que el ciudadano tenga total certeza de que sólo es punible lo que se dicta expresamente en la ley. Esto ha sido denominado principio de legalidad. De este principio, se deduce que las normas penales deben cumplir con múltiples requisitos, como lo ha explicado Velázquez, la ley tiene que ser: escrita, estricta, cierta y previa (2018, p. 76). Para el presente trabajo, se hará énfasis únicamente en el requisito de certeza, puesto que se considera que el tipo cumple con los demás requisitos.

Sobre este requisito, la Corte Constitucional indica que se ordena al legislador :

[...] actuar con el mayor nivel posible de precisión y claridad; desde una perspectiva negativa implica que son inadmisibles desde el punto de vista constitucional los supuestos de hecho y las penas redactadas en forma incierta o excesivamente indeterminada. Todos los componentes de un tipo penal (sujetos, verbos rectores, ingredientes subjetivos y objetivos, sanción,

agravantes, etc.) deben estar determinados o ser razonablemente determinables por el intérprete” (Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 2017).

Esto es de suma importancia puesto que no deben caber dudas respecto a su contenido y alcance, o, si se presentan interrogantes, debe ser posible resolverlos, para que el ciudadano comprenda en su totalidad el tipo y la conducta que se prohíbe.

Para el caso de los artículos que tipifican las conductas en contra de los derechos de autor, se considera que no son del todo ciertos. Esto es porque se estima que son tipos penales abiertos, definidos por la Corte Constitucional, en su Sentencia C-091 de 2017, como aquellos:

[...] que utilizan expresiones con un contenido semántico amplio, de relativa vaguedad, y lo hacen pues así lo exige la naturaleza de la conducta penalizada. Estos tipos son aún más problemáticos, pues no cuentan con el mismo referente normativo del que se dota a los tipos en blancos. Para que sean válidos desde el punto de vista constitucional, la indeterminación debe ser moderada y estar justificada. Además, deben existir referencias en el ámbito jurídico que permitan precisar su contenido y alcance.

En otras palabras, los tipos penales abiertos hacen referencia a aquellos delitos que en su contenido y descripción pueden ser amplios, generando cierto nivel de indeterminación sobre la conducta punible, y que para su comprensión el intérprete debe acudir a diversos contenidos para dimensionar el alcance. Estos tipos son admitidos por el ordenamiento jurídico, si y sólo si, el margen de indeterminación del tipo es moderado y es posible subsanar esa indeterminación con otras normas o recursos cuyo contenido sea claro.

No obstante, en los artículos en discusión, para entender el alcance del tipo es necesario, por ejemplo, remitirse a definiciones que se encuentran en tratados internacionales ratificados por Colombia y otras normas o disposiciones que se encuentran dispersas en todo el ordenamiento jurídico. Es por lo anterior que se cree que no se cumple a cabalidad con las exigencias del principio de legalidad, puesto que los artículos del Código Penal que hacen referencia a los derechos de autor son complejos y la comprensión de los verbos rectores o conductas contienen un alto grado de indeterminación. Actualmente no existe una normativa unificada que recoja y explique todas las conductas prohibidas y los objetos materiales que se protegen en cada artículo, dificultando tanto el entendimiento por parte de los ciudadanos como la misma aplicación penal.

Además de lo anterior, se resalta que la certeza y claridad sobre el tipo se ve perjudicada, teniendo en cuenta que la redacción de los verbos rectores de los artículos es repetitiva y se presenta un exceso en los comportamientos descritos, sin una justificación aparente por parte del legislador. A modo de ejemplo, se resalta el numeral 2° del artículo 272 del CP, donde se dicta lo siguiente:

Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien con el fin de lograr una ventaja comercial o ganancia económica privada y salvo las excepciones previstas en la ley: [...]

Fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público, suministre o de otra manera comercialice dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público o suministre servicios que, respecto de cualquier medida tecnológica efectiva [...]

Sobre este numeral, se resaltan los verbos *distribuir* y *ofrecer al público*, donde si acudimos al Glosario de la OMPI, el cual define el primero como el: “[...] ofrecimiento de *ejemplares de una* obra al público en general o a una parte de el (sic.), principalmente a través de los canales comerciales adecuados”. Se puede evidenciar que, dentro de la definición de este verbo, se incluye el segundo. Por lo cual no existe una distinción justificada en la utilización de ambos verbos en el mismo numeral. Se presenta una gran similitud con el suministrar, donde este no aporta información adicional para la conducta.

Conforme a lo anterior, podemos concluir que el hecho de que los artículos mencionados sean considerados como tipos penales abiertos y sean repetitivos en las conductas que se incluyen en el tipo, repercute de forma directa en el entendimiento por parte de los ciudadanos, desdibujando la finalidad preventiva de la norma. Tal como lo indica Velázquez, esto se presenta porque la fundamentación del principio de legalidad, desde una perspectiva jurídica, está vinculada a: “[...] la teoría de la pena como coacción psicológica - o sea, como prevención general- según la cual la ley penal debe preceder a la acción delictiva para poder cumplir su función preventiva, inhibidora del impulso delictivo” (Velázquez, 2018, p. 77).

En adición a las observaciones realizadas, también se evidencia una omisión legal por parte del legislador al excluir no solo posibles conductas que implican una infracción a los derechos de autor, sino además al objeto de protección material de la norma. Esto se evidencia en los artículos objeto de análisis, donde se enuncian de manera taxativa los tipos de obras que se protegen, lo que genera exclusión de objetos no contemplados y así pérdida de la protección penal. El autor Vicente García, apoya esta apreciación cuando menciona que:

Se incurre en el error de que cada tipo penal se hace un listado de obras, lo cual no ofrece ninguna clase de claridad respecto de cuáles obras son protegidas por el Derecho Penal, sino que incluso puede generar la duda acerca de qué sucedería con obras no contempladas en algún ordinal, siendo que basta emplear la expresión “obra literaria o artística” o, simplemente, “obra”, para comprender cualquier objeto que es protegido por el derecho de autor (García, 2011, p. 620).

4.2 Principio de *ultima ratio*

Atendiendo a la severidad del derecho penal, otro de los límites a este poder punitivo del Estado es que este debe responder al principio de mínima intervención o de *ultima ratio*. La posición de la Corte Constitucional sobre este tema se evidencia, entre otras, en la Sentencia C-365 del 2012 cuando indica que:

[...] el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los [sic.] demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento

que afecta los intereses sociales (Corte Constitucional, Sentencia C-365 del 2012).

Sobre este limitante, se resalta que es deber del Estado proteger los derechos de autor por su importancia para el desarrollo económico, tanto así que los derechos morales de autor gozan de una protección de rango fundamental, y los derechos patrimoniales de un especial amparo por su importancia. Lo anterior no se traduce en que necesariamente deban ser salvaguardados a través del *ius puniendi*, sino que esta protección se reserva únicamente para aquellas conductas que realmente generan un riesgo o una lesión sumamente gravosa del bien jurídico y que no pueden ser protegidas, de manera eficaz y menos lesiva, por medio de ninguna otra alternativa.

Por consiguiente, para saber si se debe o no aplicar el derecho penal, no solo es necesario que se trate de las conductas más lesivas para los individuos o a la comunidad, sino que también es menester compararlo con el resto del ordenamiento jurídico y con los mecanismos alternativos que este comprende; esto es para poder calificar si por medio de ellos se puede solucionar la problemática sin la necesidad de acudir a estas penas tan drásticas.

En primer lugar, se considera que, en los artículos analizados, no sólo caben las vulneraciones más graves al bien jurídico que se busca proteger, sino que, al incurrir en generalidades, repeticiones y conductas sumamente amplias, también se incluyen comportamientos cuya vulneración no debería ser penalizada. A modo de ejemplo, se resalta el numeral 5º, en el artículo 271 del Código, donde se sanciona al que:

5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.

De este aparte se puede deducir que es posible procesar, bajo el mismo tipo, tanto al sujeto que comercializó la copia de un libro a su grupo de amigos, como a un sujeto dedicado a la comercialización continua y prolongada de obras literarias. En el primer supuesto de hecho no se presenta una infracción tal a los derechos de autor para que tenga que ser penalizada, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación 31362 de 2009, donde por un caso similar concluye que:

[...] la protección de los derechos de autor en materia penal tiene que enfocarse en la indagación e investigación por parte de la Fiscalía de aquellas conductas que realmente representen un menoscabo o amenaza significativa al bien jurídico, para lo cual el procedimiento penal acusatorio tiene previsto mecanismos de seguimiento, infiltración y desmantelamiento de las estructuras que en la clandestinidad atentan de manera sistemática en contra de los titulares de tales derechos, con lo que se llegaría a las personas más comprometidas en la realización del delito (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 31362 de 2009).

Por lo que entonces, las conductas que pueden no ser tan lesivas para el bien jurídico protegido, podrían tener un medio alternativo para su sanción. Esto se relaciona íntimamente con el principio de lesividad, el cual será explicado en el siguiente aparte sobre este tema.

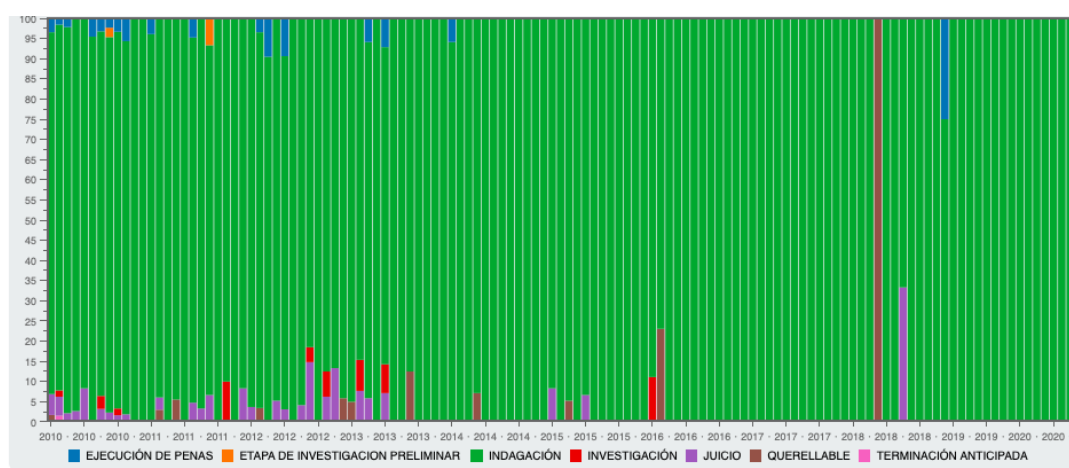
En segundo lugar, como se indica en el Capítulo I del presente trabajo, en Colombia existen, además de lo penal, medios civiles y administrativos para la defensa de los derechos

de autor. Se considera que, aquellas conductas que como se mencionó sean menos lesivas, podrían encontrar defensa en acciones que sean menos perjudiciales y que no contravienen tanto los principios antes mencionados. Del mismo modo, se estima que actualmente, el uso del derecho penal en los procesos por la vulneración a los derechos de autor ha sido utilizado más como una herramienta de amenaza, que como un mecanismo para defender de manera efectiva el bien jurídico protegido.

Con base en lo anterior, se realizará un análisis, según las estadísticas de la Fiscalía General de la Nación⁵, del desarrollo procesal sobre los artículos objeto de estudio durante los últimos años con el fin de conocer la aplicación de aquellos. De estas estadísticas se puede extraer lo siguiente:

Figura 1

Proporción de noticias criminales para el delito por violación al artículo 270 del CP según etapa procesal

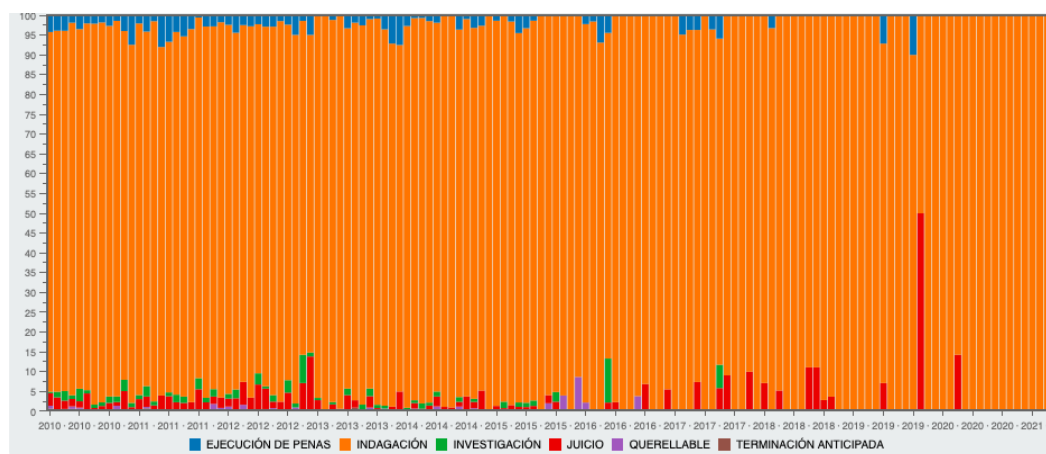


Nota. El gráfico representa la evolución histórica según etapa procesal de las noticias criminales entre el año 2010 y el 2021, por las violaciones al artículo 270 del CP. Tomado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos>

⁵ Datos obtenidos de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>

Figura 2

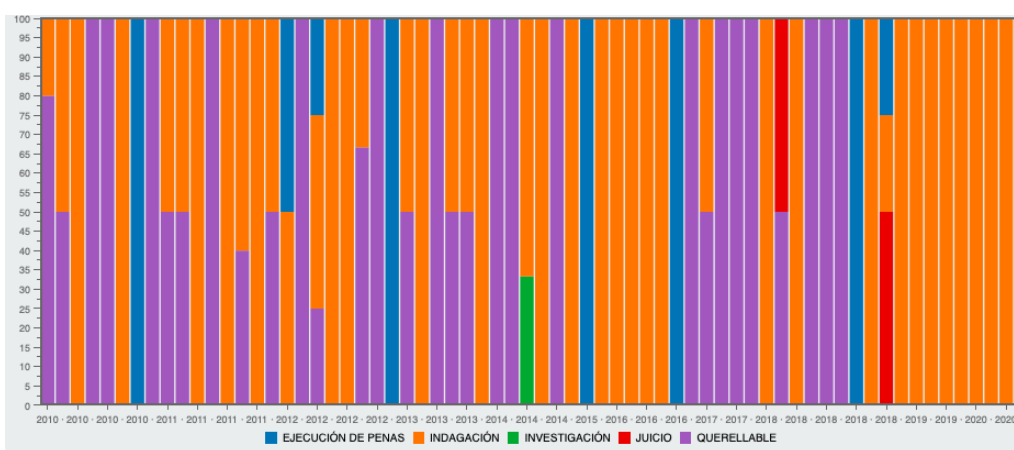
Proporción de noticias criminales para el delito por violación al artículo 271 del CP según etapa procesal



Nota. El gráfico representa la evolución histórica según etapa procesal de las noticias criminales entre el año 2010 y el 2021, por las violaciones al artículo 271 del CP. Tomado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>

Figura 3

Proporción de noticias criminales para el delito por violación al artículo 272 del CP según etapa procesal



Nota. El gráfico representa la evolución histórica según etapa procesal de las noticias criminales entre el año 2010 y el 2021, por las violaciones al artículo 272 del CP. Tomado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>

Según lo anterior, la cantidad de procesos que se inician por este tipo de delitos es considerablemente mayor a la tasa de ejecución de la sanción penal, es decir, raramente desembocan en la aplicación de la pena. Por esto, es posible inferir que el proceso penal, como mecanismo para la consecución de la compensación para el autor o el creador, no es lo suficientemente eficaz para la protección del bien jurídico y su función se reduce en ocasiones a una herramienta de amenaza. Por lo cual, se cree que, atendiendo al principio de mínima intervención, es posible cumplir con el propósito perseguido por medio de otros mecanismos diferentes al penal.

4.3 Principio de lesividad

Como se mencionó en el subtítulo anterior, el principio de *ultima ratio* guarda relación con el principio de lesividad, el cual, según la Corte Suprema de Justicia, constituye:

[...] una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 31362 de 2009).

De lo anterior se puede deducir que el derecho penal se debe limitar a sancionar aquellas conductas que lesionen gravemente o representen una amenaza real al bien jurídico tutelado, y en los casos cuando “[...] esté constatada la insuficiencia de otros instrumentos jurídicos” (Mata y Martín, 2007, p. 59). Este principio se encuentra estrechamente relacionado con la teoría de los bienes jurídicos, y por tanto con la antijuridicidad, la cual se deriva de los artículos 2 y 250 de la Constitución Política y del artículo 11 CP, que establece que: “Para que una conducta

típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.

Por lo anterior, la antijuridicidad no se debe entender exclusivamente como un juicio de valor para conocer si la conducta contravino la totalidad del ordenamiento, sino que también se debe conocer si la conducta objeto del desvalor penal afectó de manera sustancial el bien jurídico. La doctrina ha entendido que “[...] así estemos en presencia de una conducta típica, pero que no atente contra el bien protegido, se presentará el fenómeno de antijuridicidad material” (Olarte y Rojas, 2010, p. 34).

En los artículos 270 a 272 CP se logra observar que en el tipo podrían encuadrar, como ya se mencionó, circunstancias que, si bien cumplen con los elementos del supuesto, no representan una vulneración efectiva o una puesta en peligro a los derechos de autor, bien jurídico que se pretende proteger en su esfera moral y patrimonial. Por esto, se considera que no solo porque el tipo penal proteja al bien jurídico, se debe incluir en la legislación penal, puesto que “[...] no se protegerá [...] en todos los supuestos en los que se vea amenazado, sino **exclusivamente** en aquellos más graves, que serán los que recoja el tipo penal”⁶ (Mata y Martín, 2007, p. 59). No está en discusión que las conductas tipificadas descritas en el artículo son correlativas con la protección al bien jurídico; pero se advierte que en algunos casos particulares, la lesión a este no es significativa. Por esto se cree que el tipo debería contener pautas o ser reducido a aquellos casos o supuestos donde se vulnere el bien jurídico de manera gravosa, sirviéndose de criterios como los perjuicios acreditados o el número de copias

⁶ Negrilla fuera del texto.

distribuidas. Lo anterior no significa que estos casos sean tolerados por el ordenamiento, sino que se pueden sancionar por mecanismos alternativos.

Adicionalmente, se resalta que la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sentencias 29188 de 2008 y 31362 de 2009, además de tratar diversas discusiones dogmáticas frente a los delitos contenidos en los artículos 270 a 272 del CP, como la antijuridicidad material o los elementos del tipo, expresa su intención de que “[...] sólo por excepción exista sanción penal a infractores de derechos patrimoniales de autor; que la Fiscalía no debe ocuparse de estos asuntos salvo que se trate de perseguir “cabecillas” de las organizaciones dedicadas a la piratería” (García, 2011, p.611). En otras palabras, se reconoce la importancia de limitar el alcance del tipo a las conductas que son realmente lesivas para el bien jurídico.

4.4 Principio de proporcionalidad de la pena

El principio de proporcionalidad hace referencia a:

[...] a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal [...] es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional [...] busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones (Corte Constitucional Sentencia C-916 de 2002).

En este sentido, el principio de proporcionalidad de la pena hace referencia a ese límite que se le impone tanto al legislador, como al juez, para que las sanciones estipuladas en los tipos penales sean acordes con las conductas indicadas en el mismo, y que por lo tanto, se

guarde una estrecha relación entre las mismas, sin que se pueda exceder este poder punitivo. Como lo ha expuesto Ferrajoli (1995), este principio puede ser descompuesto en tres aspectos:

“[...] pre-determinación por el legislador del tipo y de la medida máxima y mínima de pena para cada tipo de delito; el de la determinación por parte del juez de la naturaleza y medida de la pena para cada delito concreto; el de la post-determinación, en la fase ejecutiva, de la duración de la pena efectivamente sufrida.” (Ferrajoli, 1995, p. 399)

Para el caso concreto, se realizará el análisis de los dos primeros aspectos, pues presentan una mayor relevancia para el presente trabajo. En primer lugar, la pre-determinación del tipo por el legislador, debe atender tanto a la gravedad del delito, es decir, el daño causado (aspecto objetivo), como al grado de culpabilidad del acusado (aspecto subjetivo). De esto se puede deducir que la pena no debe ser desmesurada, sino que debe atender estrictamente a dichos aspectos, excluyendo caprichos del legislador. Advierte Ferrajoli (1995) que:

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. (Ferrajoli, 1995 p. 402).

Según lo anterior, si dos delitos tienen la misma pena, es porque son considerados de igual gravedad por parte del legislador. Sobre este aspecto, realizando un análisis de los

artículos 270 a 272 del CP, se considera que la pena en ellos impuesta es desproporcional en comparación con otras conductas tipificadas en el mismo Código. A modo de ejemplo, al realizar la comparación entre el artículo 271 del CP, donde la pena privativa de la libertad que se impone es de cuarenta y ocho (48) meses a noventa y seis (96) meses, con los artículos 111 y 112 del CP que dictan que:

Artículo 111. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.

Artículo 112. [...] Si pasare de noventa (90) días, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión [...]

Se logra identificar que en el artículo 271 del CP, la sanción impuesta por el legislador es más gravosa que en el artículo en comparación. Sobre esto, vale la pena hacer ciertas observaciones.

Se resalta que el bien jurídico protegido por las lesiones personales es la integridad física. Si bien en la Constitución no se hace una referencia expresa a este bien jurídico, desde que se previeron la vida, la salud y la dignidad humana como ejes fundamentales de protección por parte del Estado colombiano, es inconcebible cumplir con la custodia de estos, sin tener en cuenta la integridad física. Asimismo, este derecho ha sido proclamado por la Corte Constitucional en su Sentencia T-248 de 1998 como un derecho de carácter fundamental. Por el contrario, como se expuso en el Capítulo III, el bien jurídico protegido en el artículo 271 del CP (derechos patrimoniales de autor), si bien goza de una protección especial constitucional, no ostenta carácter fundamental.

Se considera que la pena establecida en el artículo 271 del CP es desproporcionada con relación a los artículos 111 y 112 del CP. Esto es, porque teniendo en cuenta los bienes jurídicos amparados por cada uno, el legislador le otorga mayor importancia a los primeros, cuando la vulneración a la integridad física, bien jurídico intrínsecamente relacionado con la dignidad humana y clasificado como fundamental, debería ser considerada más gravosa.

En segundo lugar, se habla de un aspecto de determinación por parte del juez en el delito concreto, donde:

[...] el juzgador toma como presupuesto la escala punitiva previamente fijada por el legislador durante la primera etapa, y pondera las circunstancias de menor o mayor punibilidad que hayan concurrido en la ejecución de la conducta que concretamente juzga y, con base en ello, individualiza la sanción (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 37671 del 2015).

En este sentido, se materializa nuevamente la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad, donde el juez, valorando la conducta cometida y la vulneración al bien jurídico tutelado, aplica la sanción de acuerdo con la escala punitiva establecida por el legislador, buscando que la misma sea coherente con la gravedad de la infracción cometida. No obstante, el juez podría prescindir de la aplicación de la pena en los casos donde la transgresión al bien jurídico sea insignificante o de poca relevancia, valiéndose de principios como el de necesidad, proporcionalidad y lesividad.

Si bien se reconoce que el juez cuenta con la potestad de realizar este juicio valorativo y prescindir de la pena para una conducta que no representa una lesión o una amenaza real para un bien jurídico, el acusado no debería someterse a lo estresante, extenso y preocupante que

puede ser un proceso penal, además del desgaste que esto representa para la rama judicial. Por lo cual, se considera que para el caso de los artículos 270 a 272 del CP, se debería establecer desde la etapa de pre-determinación del tipo por parte del legislador, aquellas conductas que representen una vulneración importante al bien jurídico protegido. Esto es para que así solo las conductas más gravosas sean tuteladas por el derecho penal y, en consecuencia, sea razonable que lleguen a esta instancia de valoración por parte del juez.

Lo anterior representa una relación intrínseca con el principio de lesividad previamente explicado. Esto se puede evidenciar, por ejemplo, en el artículo 434A del CP, donde se reza que:

El contribuyente que omita activos o declare un menor valor de los activos o declare pasivos inexistentes, en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, **por un valor igual o superior a 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, definido por liquidación oficial de la autoridad tributaria, incurrirá en prisión de 48 a 108 meses de prisión.⁷

El tipo establece que es necesario que para la configuración de la conducta delictiva, se supere un monto establecido por la ley. Es decir, el legislador consideró que solo se debía someter al derecho penal la conducta descrita, cuando se cumpla con el criterio cuantitativo establecido, excluyendo así conductas, que si bien lesionan el bien jurídico, no son objeto de protección penal.

⁷ Negrilla fuera del texto

Conclusiones

No cabe duda de que los tipos que buscan la prohibición de las conductas que vulneran los derechos de autor representan una importante y necesaria protección a los bienes jurídicos por aquellos salvaguardados, por su relevancia para el desarrollo económico y para los autores o creadores de las obras. Sin embargo, el legislador colombiano ha incurrido en una desmesurada tipificación sobre las conductas que se pueden llegar a considerar como delictivas, vulnerando principios como el de legalidad, mínima intervención, lesividad y proporcionalidad de la pena. A continuación, se esbozan algunas conclusiones a las que se llegó a partir del estudio sobre la materia.

- Se puede observar que ni el legislador ni la jurisprudencia le han otorgado la relevancia suficiente a la discusión sobre la necesidad de la penalización por las infracciones contra los derechos de autor. Sino que, por el contrario, sencillamente se han limitado a tipificar un sinnúmero de conductas, sin identificar si verdaderamente deberían ser castigadas por el derecho penal. Por lo cual, se considera fundamental que se lleven a cabo discusiones de esta índole, para tener un mayor conocimiento y un panorama más claro sobre la forma más eficiente y efectiva para, no solo amparar de manera rigurosa estos bienes jurídicos, sino que también esto se haga de conformidad con los principios del derecho penal.

Asimismo, al ser este tipo de derechos un pilar fundamental para el desarrollo económico del país, se cree que la legislación debería responder a las necesidades del mercado actual. Sobre esto, se observa que la normativa más relevante en la actualidad del tema se remonta a más de una década atrás y las leyes que se han expedido con

posterioridad no representan un debate o un avance importante que contemple las nuevas discusiones que suscita la materia.

- Para reducir las diversas interpretaciones que se pueden producir alrededor de los artículos 270 a 272 del CP y eliminar el grado de indeterminación por considerarse tipos penales abiertos, se cree que el mejor recurso al que podría acudir el legislador sería la simplificación de estos. En primer lugar, se considera que los artículos 270 y 271 podrían ser unificados para reducir la controversia que genera la aplicación de uno o del otro y tener un mayor entendimiento de lo que constituye una infracción a ellos. En segundo lugar, la simplificación del supuesto jurídico ayudaría a determinar las conductas que pueden vulnerar gravemente los derechos de autor, sin excluir ciertas acciones que no se encuentran enmarcadas por no atender a un verbo rector específico del tipo. Por último, se considera esencial eliminar los verbos rectores que no aportan nada nuevo al tipo, dejando de lado las reiteraciones y términos innecesarios para describir el mismo comportamiento.
- Se considera que, atendiendo a los principios de mínima intervención y lesividad, los tipos que recaen sobre las infracciones a los derechos de autor deberían incluir de manera exclusiva aquellos comportamientos sobre los que, además de representar una amenaza real o una lesión gravosa para el bien jurídico protegido, sea necesaria la criminalización a través del derecho penal. En adición a lo anterior, se debería realizar una comparación con el resto del ordenamiento jurídico, para así establecer cuáles conductas pueden ser procesadas por medio de mecanismos alternativos al derecho penal, y cuáles, al representar una afectación perjudicial al bien jurídico protegido, deberían ser penalizadas.

Se indica además que, atendiendo al principio de lesividad, la norma debería ser escrita con criterios que permitan determinar o cuantificar de alguna forma la gravedad de la afectación del bien jurídico; estableciendo criterios cualitativos o cuantitativos de las conductas, para que así solo se tramiten por medio del proceso penal aquellas que realmente sean lesivas para el bien jurídico que se pretende proteger.

Referencias

Leyes

Congreso de la República de Colombia (24 de abril de 1936). Sobre el Código Penal [Ley 95 de 1936]. Recuperado de: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791348>

Congreso de la República de Colombia (28 de enero de 1982). Sobre derechos de autor [Ley 23 de 1982] Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/182597/23.pdf/a97b8750-8451-4529-ab87-bb82160dd226>

Congreso de la República de Colombia. (24 de Julio del 2000) Código Penal. [Ley 599 de 2000] D.O No. 44.097. (Colombia) artículos 270 al 272. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012) Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012] D.O No. 48.489. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Congreso de la República de Colombia (12 de julio de 2018). Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos. [Ley 1915 de 2018]. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1915_2018.html

Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia). Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

La Comisión del Acuerdo de Cartagena (1993) Decisión Andina 351 de 1993. *Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos* , Sexagesimoprimer Período Ordinario de Sesiones de la Comisión, Lima, Perú. Recuperado de: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf>

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Corte Constitucional. (12 de agosto de 1993) Sentencia C-334 de 1993. [MP. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional (18 de febrero de 1993) Sentencia C-052 de 1993.[MP. Jaime Sanin Greiffenstein).

Corte Constitucional. (20 de mayo de 1997). Sentencia C- 241 de 1997 [MP. Fabio Moron Díaz].

Corte Constitucional. (28 de abril de 1998). Sentencia C-155 de 1998. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional (2 de noviembre del 2000). Sentencia C-1490 de 2000. [MP Fabio Moron Díaz].

Corte Constitucional (20 de junio de 2001) Sentencia C-647 de 2001. [MP. Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional (29 octubre de 2002) Sentencia C-916 de 2002 [MP. Manuel José Cépeda Esinosa].

Corte Constitucional (16 de mayo de 2012). Sentencia C-365 de 2012 [MP. Jorge Ignacio Pretelt].

Corte Constitucional (15 de febrero de 2017) Sentencia C-091 de 2017. [M.P. María Victoria Calle Correa]

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de abril de 2008) Sentencia 29188-2008. [MP José Leonidas Bustos].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de mayo de 2009) Sentencia 31362-2009. [MP Julio Enrique Socha].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de mayo de 2010) Sentencia 31403-2010. [MP Sigifredo Espinosa].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (4 de marzo de 2015) Sentencia 37671-2015 [MP. José Leonidas Bustos]

Bibliografía

Álvarez, J., Ceballos, M., & Muñoz, A. (2013, junio). *De los delitos contra los derechos de autor en el Código Penal colombiano*. Revista Nuevo Foro Penal, 9 (81).

Antequera, R. Curso de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (1995) *El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el marco de la Propiedad Intelectual. El Desafío de las Nuevas Tecnologías. ¿Adaptación o cambio?* Quito, Ecuador

Boytha, G. (1980). *Glosario de derecho de autor y derechos conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*.

Editorial La República S.A.S. (2018, 19 septiembre). Los instrumentos para identificar el plagio y no cometerlo en textos académicos. Recuperado 23 de febrero de 2021, de <https://www.larepublica.co/alta-gerencia/los-instrumentos-para-identificar-el-plagio-y-no-cometerlo-en-textos-academicos-2772529>

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Recuperado de <https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/64-derecho-y-razon-teor%C3%ADa-del-garantismo-penal/file>

Fiscalía General de la Nación. (2019, 18 octubre). Delitos - Fiscalía General de la Nación. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>

Gaviria, V. (2011). *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Delitos contra los derechos de autor* (2da ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. (p. 569-620).

Mata y Martín, R. (2007). *Propiedad intelectual digital: responsabilidad penal*. Derecho Penal Y Criminología, 28(85), (p.55-80). Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/954>

Lipszyc, D. (1994) *Violaciones a los derechos de autor y los derechos conexos-Sanciones civiles y penales*. Seminario Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Jueces de Centroamérica y Panamá. San José, Costa rica.

Posada, R. (2020) Política criminal y derecho penal: un mecanismo de ultima ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación”, Nuevo Foro Penal, (p.13- 44).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1980). *OMPI glosario de derechos de autor y derechos conexos*. Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_816.pdf

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos* (2.a ed.). Recuperado de https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf

Olarte, J., & Rojas, M. (2010). *La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito penal*. Recuperado de <http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/11769/La+proteccion+del+derecho+de+autor+y+los+derechos+conexos+en+el+ambito+penal+sep+15+de+2010.pdf/75686fc1-c9be-4dc3-b1d5-efcd5f4be949>

Varela, A. Dirección Nacional de Derechos de Autor (2018) *Competencia – Acciones - Alcance de las funciones jurisdiccionales*. Recuperado de: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21093/DIRDerechosdeAutor-Concepto-2018-slogan.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Vega Jaramillo, A. (2010) *Manual de derecho de autor*. Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+%28Alfredo+Vega%29.pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40>

Vélasquez, F. (2018). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (2da ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Zapata López, F. (2001) . *El derecho de autor y la marca. Revista La Propiedad Inmaterial*. p.

9-24.

Recuperado

de:

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/1206/1145>